ANNALES
UNIVERSITATIS MARIAE CURIE-SKŁODOWSKA
LUBLIN—POLONIA
VOL. XXXII/XXXIII, 5 SECTIO G 1985/1986

Kriminalwissenschaftliches Institut der Universität zu Köln

Hans Joachim HIRSCH

Nowe uregulowanie stanu wyższej konieczności w zachodnioniemieckim prawie karnym *

Новое регулирование состояния крайней необходимости в западногерманском уголовном праве

Die Neuregelung des Notstands im deutschen Strafrecht

I

Polski kodeks karny zawiera w art. 23 jednolite uregulowanie stanu wyższej konieczności. Przepis art. 23 k.k. jest tak sformułowany, że obejmuje zarówno stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność (*rechtfertigender Notstand*), jak i stan wyższej konieczności wyłączający winę (*entschuldigender Notstand*). Przed reformą w r. 1975 niemiecki kodeks karny zawierał w części ogólnej tylko unormowanie stanu wyższej konieczności wyłączającego winę (abstrahujemy tu od unormowania stanu wyższej konieczności w części szczególnej kodeksu karnego i w ustawach szczególnych).[1] Od czasu orzeczenia Sądu Rzeszy z r. 1927 dotyczącego uzasadnionego względami medycznymi przerwania ciąży, uznawano jednak powszechnie istnienie pozaustawowego stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność.[2] Zwyciężyła wówczas teoria niejednolitego charakteru stanu wyższej konieczności (*Differenzierungstheo-*

* Wykład wygłoszony w październiku 1985 r. na uniwersytetach: Jagiellońskim, Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie i Gdańskim. Autor dziękuje serdecznie Panu Prof. dr hab. Andrzejowi Wąskowi za przetłumaczenie maszynopisu i przygotowanie go do druku.

[1] Por. § 54 k.k. w dawnym ujęciu i dawny § 52 k.k. w odniesieniu do szczególnego przypadku wyłączającego winę stanu wyższej konieczności, opartego na zmuszaniu (*entschuldigender Nötigungsnotstand*).

[2] Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, t. 61, s. 242.

rie), do końca lat dwudziestych XX wieku panowała natomiast w nauce teoria jednolitego charakteru stanu wyższej konieczności (*Einheitstheorie*). Ta ostatnia teoria jednolicie traktowała obie formy stanu wyższej konieczności — albo pod kątem widzenia okoliczności wyłączającej winę, albo okoliczności wyłączającej bezprawność, albo jako neutralnej podstawy wyłączenia bezprawia.[3] Przepisy § 34 i § 35 zachodnioniemieckiego kodeksu karnego (dalej cyt. k.k.) opierają się na teorii niejednolitego charakteru stanu wyższej konieczności.[4] Prowadzi to do następujących rezultatów: w przypadku stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność sprawca nie narusza porządku prawnego, a pokrzywdzony zobowiązany jest tolerować jego działanie; w przypadku zaś stanu wyższej konieczności wyłączającego winę sprawca narusza porządek prawny, a pokrzywdzonemu służy obrona konieczna, z uwagi jednak na istnienie sytuacji przymusowej działający w takim stanie wyższej konieczności sprawca nie ponosi winy.

II

Należy wskazać, że nowe, obowiązujące od r. 1975, uregulowanie w § 34 k.k. stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność weszło w życie wówczas, gdy znalazł ustawowe unormowanie w części szczególnej kodeksu karnego najważniejszy przy-

---

[3] Por. bliżej na ten temat H. J. Hirsch: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wyd. 10, 1984, uwaga 1 do § 34.

[4] Przepisy te mają następujące brzmienie: § 34 *Rechtfertigender Notstand: Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden. § 35 Entschuldigender Notstand: (1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte. (2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.*

padek stosowania stanu wyższej konieczności, mianowicie dokonane ze względów medycznych przerwanie ciąży.[5] Z tego też względu w trakcie prac legislacyjnych podawano w poważną wątpliwość, czy w ogóle zachodzi potrzeba wyraźnego unormowania stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność. Tym bardziej jest to interesujące, że, mimo usamodzielnienia się podstawy prawnej odnoszącej się do dopuszczalnego przerwania ciąży, w praktyce wymiaru sprawiedliwości wzrosła liczba wypadków zastosowania ogólnego stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność.

Przepis § 34 k.k. wyraża myśl, że czyn wypełniający ustawowe znamiona czynu zabronionego nie narusza porządku prawnego wtedy, gdy stanowi on konieczne działanie ratownicze dla zagrożonego bezpośrednio dobra prawnego, a przy ocenie przeciwstawnych interesów, w szczególności dóbr prawnych, zachodzi istotna przewaga chronionego interesu. Niemiecka regulacja nie dopuszcza zatem wyłączenia bezprawności przy równowartości kolidujących interesów. W takiej bowiem sytuacji nie można by obciążać pokrzywdzonego obowiązkiem tolerowania. Przepis § 34 k.k. zawiera w zdaniu 2 klauzulę, w myśl której czyn sprawcy działającego w stanie wyższej konieczności musi stanowić odpowiedni środek dla odwrócenia niebezpieczeństwa.

Przepis § 34 k.k. oparty jest zatem na teorii porównywania interesów (*Interessenabwägungstheorie*), nakazującej porównanie wszystkich przeciwstawnych, a godnych ochrony, interesów. W myśl natomiast panującej w nauce i orzecznictwie jeszcze do początku lat sześćdziesiątych teorii proporcji dóbr (*Güterabwägungsprinzip*) brany miał być pod uwagę wyłącznie abstrakcyjnie ujmowany stosunek wartości (*Rangverhältnis*) kolidujących dóbr prawnych. Część doktryny reprezentowała teorię celowości (*Zwecktheorie*), według której czyn sprawcy działającego w stanie wyższej konieczności stanowić ma odpowiedni środek do osiągnięcia prawnie uznanego celu.[6] W gruncie rzeczy również te ostatnie ujęcia stosowały zasadę porównywania interesów (*Interessenabwägungsprinzip*), ponieważ przy rozstrzyganiu budzących wątpliwości stanów faktycznych zmuszone były uwzględniać konkretnie występujące interesy (sprawcy i pokrzywdzonego). Poprzez obecne ujęcie ustawowe wyłączającego bezprawność stanu wyższej konieczności stało się przy tym jasne, że wyłączająca bezprawność kolizja obowiązków (*die rechtfertigende Pflichtenkollision*) nie wchodzi w zakres kontratypu stanu wyższej konieczności (*rechtfertigender Notstand*), lecz stanowi odrębny kontratyp.

---

[5] Mianowicie w § 218a k.k.

[6] Bliżej na temat tych teorii por. Hirsch (przypis 3), uwagi 2 i n. do § 34.

III

1

Zajmiemy się teraz najważniejszymi aktualnie problemami stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność.

W pierwszym rzędzie należy zwrócić uwagę na często poruszaną i kontrowersyjną kwestią, czy kontratyp ten stanowić może podstawę dla działalności funkcjonariuszy państwowych (*hoheitliches Handeln*) skierowanej w stosunku do obywateli. Krótki przykład uwydatni, o co tutaj chodzi. W końcu lat siedemdziesiątych jeden z zachodnioniemieckich fizyków podejrzany został o utrzymywanie kontaktów z terrorystami. Pracownicy tajnych służb weszli potajemnie do jego mieszkania prywatnego, zainstalowali aparaty podsłuchowe i podsłuchiwali następnie rozmowy prowadzone w tym mieszkaniu. Ponieważ do tego rodzaju czynności brakowało szczególnego uregulowania ustawowego, wyłoniła się kwestia legalizacji tych czynności poprzez odwołanie się do kontratypu stanu wyższej konieczności.

Panująca nauka nie widzi zasadniczych przeszkód, aby § 34 k.k. nie mógł być stosowany w przypadkach zamachów funkcjonariuszy państwowych na dobra prawne jednostki.[7] Z tym poglądem nie można się zgodzić ze względów natury zasadniczej. Kontratypy ustawowe rozszerzają zakres wolności obywatela w stosunku do ustawowych zakazów lub nakazów, na zasadzie tworzenia wyjątku od reguły korygują one zatem zakres czynu zabronionego. Ta funkcja kontratypu byłaby przekreślona, gdyby widziało się w nim podstawę normatywną dla działań funkcjonariuszy państwowych, prowadziłoby to bowiem do rozszerzenia uprawnień organów państwa kosztem praw obywatela.[8] Poza tym przepis § 34 k.k. nie odpowiada konstytucyjnym wymogom stawianym wobec publicznoprawnych unormowań, mających stanowić podstawę do tego rodzaju in-

---

[7] Por. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, t. 27, s. 260; t. 31, ss. 304, 307; Blei: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wyd. 18, 1983, s. 171 i n.; Dreher-Tröndle: *Strafgesetzbuch*, Wyd. 42, 1985, uwagi 24 i n. do § 34; Maurach-Zipf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wyd. 6, 1983, s. 363; Lenckner, Schönke-Schröder: *Strafgesetzbuch*, Wyd. 22, 1985, uwaga 7 do § 34.

[8] Böckenförde: *Der verdrängte Ausnahmezustand*, „Neue Juristische Wochenschrift" 1978, ss. 1881, 1882 i n.; Dahs: *Wehrhafter Rechtsstaat und freie Verteidigung — ein Widerspruch?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik" 1977, ss. 164, 168; Sydow: *§ 34 — kein neues Ermächtigungsgesetz!*, „Juristische Schulung" 1978, ss. 222, 224.

gerencji w prawa obywateli.[9] Stosownie do zawartej w konstytucji zasady legalizmu działania administracji, naruszenie konstytucyjnie chronionej sfery wolności obywatela dopuszczalne jest tylko na podstawie szczególnego unormowania ustawowego i upoważniony ma być właściwy do tego organ administracji publicznej.[10] Tym wymogom nie odpowiada § 34 k.k. z dwóch względów. Po pierwsze, nie zawiera on przedmiotowego skonkretyzowania, jakie ingerencje mogą tu wchodzić w grę; po drugie, nie wskazuje, jaki organ miałby być kompetentny do podejmowania tego rodzaju ingerencji. Poza tym nie ma praktycznej potrzeby, aby w przepisie § 34 k.k. upatrywać podstawę uprawnień dla funkcjonariuszy państwowych; prawo publiczne zawiera wystarczająco szeroki i bogaty zestaw instrumentów, które można zastosować do rozwiązania sytuacji konfliktowych i stanów wyższej konieczności.[11] Ogólnie unormowany w prawie karnym kontratyp nie może stanowić podstawy do legalizacji działań podejmowanych w sytuacjach wyjątkowych; stoją temu bowiem na przeszkodzie unormowania prawa publicznego i konstytucyjnego.[12]

2

Przejdźmy teraz do kwestii defensywnego stanu wyższej konieczności (*defensiver Notstand*). Dotychczas był on normowany jedynie w kodeksie cywilnym, gdzie dotyczył odwrócenia niebezpieczeństwa grożące-

---

[9] Amelung: *Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?* „Neue Juristische Wochenschrift" 1977, ss. 833, 835 i n.; Evers: *„Unbefugtes Abhören i. S. §§ 298/353d StGB und die Rechtmässigkeit der bisherigen staatlichen Abhörpraxis*, „Zeitschrift für Rechtspolitik" 1970, ss. 147, 149 i n.; Kirchhof: *Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus öffentlich-rechtlicher Sicht*, [w:] Merten: *Aktuelle Probleme des Polizeirechts* 1977, s. 67; *id.: Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe*, „Neue Juristische Wochenschrift" 1978, s. 969 i n.; Klinkhardt: *Die Selbsthilferechte des Amtsträgers*, „Verwaltungsarchiv" 1964, t. 55, s. 297, 340 i n.; de Lazzer-Rohlf: *Der „Lauschangriff"*, „Juristenzeitung" 1977, s. 207, 211 i n., Rudolphi: [w:] *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wyd. 3, 1985, uwaga 12 przed § 331; Samson: [w:] *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wyd. 4, 1985, uwaga 5a do § 34.

[10] Por. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, t. 8, ss. 274, 325; t. 9, ss. 137, 147; t. 13, ss. 153, 160 i n.

[11] Kirchhof (przypis 9), „Neue Juristische Wochenschrift" 1978, s. 971 i n.

[12] Bockenförde (przypis 8), S. 1881; Klose: *Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1977, t. 89, s. 61, 68, 71 i n.; Knoke: *Betriebliche Ordnungsgewalt in Räumlichkeiten des Verwaltungsvermögens*, „Archiv des öffentlichen Rechts" 1969, t. 94, ss. 388, 395; Rudolphi (przypis 9), uwaga 13 do § 331.

go od rzeczy (*Sachwehr*). Rozszerzenie uprawnień działającego w ramach stanu wyższej konieczności polegało tutaj na tym, że nie wymaga się już istnienia istotnej przewagi chronionego interesu, lecz stawia się jedynie wymóg, aby wyrządzone przez działającego w stanie wyższej konieczności szkody nie pozostawały w dysproporcji (*ausser Verhältnis*) do niebezpieczeństwa, któremu sprawca zapobiegł. Zawartą w tym unormowaniu dyrektywę prawną należy uwzględniać również przy stosowaniu przepisu § 34 k.k. (kwestia *Interessenabwägung*) w przypadku, gdy czyn sprawcy działającego w ramach stanu wyższej konieczności kieruje się wobec osoby, która to niebezpieczeństwo wywołała. Dlatego też uznać należy, że w przypadku defensywnego stanu wyższej konieczności skierowanego wobec osoby wystarcza, że spowodowane w wyniku tej akcji szkody nie pozostają w dysproporcji do zagrażającego niebezpieczeństwa, którego realizacji akcja ta zapobiegła.

Przepis § 34 k.k. znajduje zastosowanie do takich przypadków defensywnego stanu wyższej konieczności, kiedy niebezpieczeństwo dla zagrożonego dobra prawnego pochodzi wprawdzie od osoby, ale wyłączone jest stosowanie dającego szerokie uprawnienia kontratypu obrony koniecznej z tego względu, że brak już jest czynu tej osoby [13], nie występuje już bezpośredni zamach [14], albo też, gdy obrona kieruje się wobec zamachu bezpośredniego, ale nie bezprawnego [15].

---

[13] Chodzi tu np. o ruchy osoby znajdującej się w stanie ataku epilepsji (por. Bockelmann: *Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, Wyd. 3, 1979, s. 93).

[14] Z punktu widzenia defensywnego stanu wyższej konieczności legalne będzie na przykład dokonane przy użyciu broni palnej uszkodzenie ciała innej osoby („nocnego motyla") po to, aby ją zatrzymać i usunąć w ten sposób stan trwałego zagrożenia z jej strony (osoba ta wielokrotnie wdzierała się w porze nocnej do cudzego mieszkania, strasząc znajdujące się w nim osoby). Por. Hirsch: *Glosa do BGH NJW 1979, 2053*, „Juristische Rundschau" 1980, s. 115; Hruschka: *Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?*, „Neue Juristische Wochenschrift" 1980, s. 21; Lenckner (przypis 7), uwaga 31 do § 34; Schroeder: *Notstandslage bei Dauergefahr — BGH NJW 1979, 2053*, „Juristische Schulung" 1980, s. 336. Kwestię tę pozostawił natomiast otwartą Sąd Najwyższy, opierając niesłusznie swe orzeczenie uniewinniające na § 35 k.k., „Neue Juristische Wochenschrift" 1979, s. 2053.

[15] W przypadkach, w których bezprawność zamachu zostaje wyłączona wskutek wystąpienia kontratypu, przepis § 34 k.k. rozstrzyga kwestię „porównywania interesów" na niekorzyść zaatakowanego dobra; posiadacz tego dobra obciążony zostaje zatem szczególnym obowiązkiem tolerowania jego naruszenia, co wyłącza możność działania w defensywnym stanie wyższej konieczności. Stan ten wchodzi natomiast wtedy w grę, gdy bezprawność zamachu odpada z tego względu, iż sprawca nie działał co najmniej nieostrożnie w stosunku do danego dobra prawnego. Por. Hirsch: *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, s. 331, przypis 189; *id.: Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs*, [w:] *Dreher-Festschrift*, 1977, s. 222 i n.; Felber: *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in*

Inny przypadek defensywnego stanu wyższej konieczności ma miejsce wtedy, gdy jakaś osoba wywołała niebezpieczeństwo, które jej samej zagraża.[16] Odmiennie od innych przypadków działania w stanie wyższej konieczności, skierowanych przeciwko dobrom osoby trzeciej, przy defensywnym stanie wyższej konieczności nie jest z góry wyłączone uprawnienie do daleko idących ingerencji w sferę dóbr osobistych. W skrajnych przypadkach legalne będzie tu nawet zabicie człowieka.[17] Tak będzie na przykład w razie dokonania perforacji, umyślnego zabicia dziecka w trakcie porodu, gdy jest to jedyny sposób odwrócenia niebezpieczeństwa śmierci grożącego matce tego dziecka.[18] Inny często dyskutowany przykład uprawnienia do dokonania umyślnego zabójstwa, to odcięcie liny, na której nad przepaścią wisi alpinista, jeżeli jest to jedyny sposób uratowania innych alpinistów przytwierdzonych do tej liny.[19]

---

den Notwehrbestimmungen, 1979, s. 174 i n.; Lackner: *Strafgesetzbuch*, Wyd. 16, 1985, uwagi 2 d i e do § 32; Leckner (przypis 7), uwagi 19 i n. do § 32; Roxin: *Die „sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1981 t. 93, ss. 68, 84; Samson (przypis 9), uwaga 15 do § 32; Schumann: *Zum Notwehrrecht und seinen Schranken — OLG Hamm NJW 1977, 590*, „Juristische Schulung" 1979, ss. 559, 560; Stratenwerth: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1980 s. 135; inne stanowisko zajmują: Baumann-Weber: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wyd. 9, 1985, s. 296 i n.; Bockelmann (przypis 13), s. 92 i n.; Jescheck: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wyd. 3, 1978, s. 273 i n.

[16] Na podstawie § 34 k.k. dozwolone będzie na przykład przeszkodzenie przy użyciu przemocy cudzemu samobójstwu. Do legalizacji tego działania nie ma zastosowania zasada autonomii jednostki, ponieważ źródłem niebezpieczeństwa jest osoba, którą się chroni.

[17] Hirsch (przypis 3), uwagi 74 i n. do § 34; Jakobs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, s. 356; Küper: *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigender Pflichtenkollision*, 1979, s. 74 i n.; Samson (przypis 9), uwaga 16 do § 34; Schmidhäuser: *Strafrecht, Studienbuch, Allgemeiner Teil*, Wyd. 2, 1984, s. 144; inny pogląd przyjmują Felber (przypis 15), s. 175; Lenckner (przypis 7), uwaga 30 do § 34; Maurach-Zipf (przypis 7), s. 360 i n.

[18] Wprawdzie kolidują ze sobą życie matki i życie dziecka, ale należy mieć na uwadze okoliczności, iż źródłem niebezpieczeństwa jest dziecko i że wskutek rozszerzenia przez prawo karne początku człowieczego istnienia (*Vorverlegung des Anfangs des Menschenseins*) powstała luka między dopuszczalnością przerwania ciąży z jednej strony i obroną konieczną z drugiej strony, lukę tę należy wypełnić przez odwołanie się do kontratypu stanu wyższej konieczności. Kontratyp ten należy przyjąć wtedy, gdy zabicie nastąpiło ze względów lekarskich i za zgodą (w razie konieczności — domniemaną) matki dziecka. Por. *Bundestags-Drucksache* 1981, 7, s. 13.

[19] Por. Eb. Schmidt: *Zur Tötung von Geisteskranken aufgrund des Hitlererlasses von 1939 und zur Frage des ärztlichen Widerstandes gegen ein solches Massenverbrechen*, „Süddeutsche Juristenzeitung" 1949, s. 559, 565; Otto: *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 1965, s. 107 i n.; Hirsch: *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, [w:] *Bockelmann-Festschrift*, 1979, s. 89, 108; inny pogląd

3

Dalszy problem dotyczy stosunku klauzuli wymaganego porównywania interesów (*Interessenabwägung*), zawartej w zd. 1 § 34 k.k., do klauzuli odpowiedniości (*Angemessenheitsklausel*), zawartej w zd. 2 tego przepisu. Według tej ostatniej klauzuli, mimo spełnienia warunków stawianych wobec stanu wyższej konieczności (§ 34 zd. 1 k.k.), bezprawność czynu odpada tylko wtedy, gdy czyn ten jest odpowiednim środkiem dla odwrócenia niebezpieczeństwa. Tu odpowiedniość (*Angemessenheit*) winna być zbadana na podstawie ogólnej oceny całego czynu. Nie chodzi zatem o ocenę tylko samych środków, jak to mogłoby mylnie wynikać z brzmienia tej klauzuli. Użyte sformułowanie ma historyczne oparcie, związane z wymienioną wyżej teorią celowości (*Zwecktheorie*). Klauzula odpowiedniości (*Angemessenheitsklausel*) winna być zatem rozumiana w ten sposób, że zachowanie sprawcy znajdującego się w stanie wyższej konieczności musi przedstawiać się według przyjętego w społeczeństwie systemu wartości jako trafne i odpowiadające prawu, właściwe rozwiązanie sytuacji konfliktowej.[20] W praktyce sięga się wówczas do testu obrony koniecznej, który polega na zbadaniu następującej kwestii, czy w oparciu o przyjęte wzorce wartości należy uznać, że w razie dopuszczenia kontratypu stanu wyższej konieczności osoba dotknięta działaniem sprawcy w ramach tego kontratypu powinna być zobowiązana do tolerowania tego działania, co oznacza, że odebrane ma być jej prawo do obrony koniecznej. Wymóg odpowiedniości (*Angemessenheitserfordernis*) spełnia zatem w praktyce funkcję klauzuli kontrolnej. Gdy zaś chodzi o treść, to nie zawiera on niczego nowego, co nie byłoby zawarte już w określeniu okoliczności uzasadniających byt stanu wyższej konieczności, zawartych w zd. 1 § 34 k.k. Tak więc wszystkie okoliczności przemawiające w konkretnym przypadku za i przeciw działaniu w stanie wyższej konieczności, należy już uwzględniać w ramach porównywania interesów konkretnie wchodzących w grę (*Interessenabwägung*). Już przy porównywaniu przeciwstawnych interesów należy w szczególności mieć na względzie wagę przesłanek przemawiających za udzieleniem im ochrony prawnej. Tak więc zawarta w zd. 2 § 34 k.k. klauzula odpowiedniości

---

przyjmują: Gallas: *Pflichtenkollision und Schuldausschliessungsgrund*, [w:] *Mezger-Festschrift*, 1954, ss. 311, 327; Küper (przypis 17), s. 47 i n., 57 i n. Jakobs (przypis 17), s. 347; Lenckner: *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, s. 27 i n.; Maurach-Zipf (przypis 7), s. 361; Samson (przypis 9), uwaga 20; Schmidhäuser: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wyd. 2, 1975, s. 333.

[20] Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962, Begründung, s. 159.

(*Angemessenheitsklausel*) nie wprowadza treściowo żadnych dodatkowych wymogów co do bytu kontratypu stanu wyższej konieczności.[21]

Panuje dotąd w nauce pogląd, że klauzula odpowiedzialności stanowi samoistną, drugą płaszczyznę oceny w stosunku do zasady porównywania interesów (*Interessenabwägung*).[22] Stosownie do tego poglądu, powinny zatem być wyłączone przykładowo z zakresu stanu wyższej konieczności dopiero z uwagi na brak wymaganej odpowiedniości działania takie przypadki, których przyjęciu (legalizacji) sprzeciwia się albo zasada autonomii jednostki, albo istnienie szczególnego obowiązku poddawania się niebezpieczeństwu, albo uprzednie sprzeczne z obowiązkiem działanie sprawcy. Nie bierze się przy tym pod uwagę, że podane punkty widzenia podlegają uwzględnieniu i działają zwężająco już w ramach oceny *Interessenabwägung*. Zasada autonomii jednostki wymaga respektowania woli jednostki do samookreślenia się i respektowania jej jako osoby. Z zasady tej wyprowadza się regułę zakazu wkraczania w cudze dobra osobiste. Szczególnie jest to widoczne przy przymusowym pobieraniu krwi od osoby trzeciej. Według panującej nauki nie jest to dopuszczalne nawet wtedy, kiedy jest to jedyna możliwość ratowania życia człowieka.[23] Podobnie wygląda kwestia szczególnych obowiązków narażenia się na niebezpieczeństwo, co związane jest z wykonywaniem niektórych zawodów. Z przepisu § 34 k.k. wynika, że dobra prawne tych osób nie są

---

[21] Schröder: *Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II*, [w:] *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, ss. 290, 293, Lenckner (przypis 19), s. 123 i n., 146 i n., *id.* (przypis 7), uwaga 46 do § 34; Baumann-Weber (przypis 15), s. 352; Hirsch (przypis 3), uwaga 79 do § 34; Krey: *Der Fall Peter Lorenz — Probleme des rechtfertigenden Notstands bei der Auslösung von Geiseln*, „Zeitschrift für Rechtspolitik" 1975, ss. 37, 38; Stree: *Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafgesetzbuch*, „Juristische Schulung" 1973, ss. 461, 464; tak samo *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 1966, § 15 *Begründung*. Por. też *Protokolle das Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, Bd. V, s. 1978 i n. Polski kodeks karny nie ma w art. 23 tego rodzaju klauzuli odpowiedzialności.

[22] Por. *Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962*, *Begründung*, s. 159 i n.; Bundesgerichtshof, „Neue Juristische Wochenschrift" 1976, s. 680; Oberlandesgericht Stuttgart, „Deutsches Verwaltungsblatt" 1976, ss. 798, 800; Gallas: *Niederschriften der Grossen Strafrechtskommission*, 1959, t. 12, s. 164; *id.*: *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1968, t. 80, s. 1, 26 i n.; Blei (przypis 7), s. 164; Dreher-Tröndle (przypis 7), uwagi 12 i n. do § 34; Grebing: *Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht*, „Goltdammers Archiv" 1979, ss. 81, 89; Jakobs (przypis 17), s. 352 i n.; Jescheck (przypis 15), s. 291 i n., Maurach-Zipf (przypis 7), s. 364 i n., Schmidhäuser (przypis 17), s. 145 i n., Stratenwerth (przypis 15), s. 144.

[23] W polskim kodeksie karnym wniosek taki wynika, być może, już z art. 164 § 2.

wprawdzie mniejszej wartości, ale doznają one ograniczonej ochrony właśnie ze względu na stawiany pod adresem danej osoby wymóg tolerowania ich naruszenia. Kwestia *Interessenabwägung* uwzględniana jest też w przypadkach sprzecznego z obowiązkiem uprzedniego działania sprawcy, który potem działał w stanie wyższej konieczności. Konieczność takiego rozwiązania wynika z zasady ingerencji, która domaga się od sprawcy zwiększonej gotowości poniesienia ofiary, żąda też od niego (inaczej niż od osoby trzeciej) pogodzenia się z nastąpieniem wyższych szkód.

Chociaż odpowiedniość (*Angemessenheit*) nie może być traktowana jako samoistna przesłanka stanu wyższej konieczności, to jednak klauzula zawarta w zd. 2 § 34 k.k. nie jest zbędna. Z uwagi bowiem na nieprecyzyjność „porównywania interesów" istnieje niebezpieczeństwo, że mające być przy nim uwzględnione aspekty aksjologiczne zostaną przeoczone i przez to dojdzie do przyjęcia niesłusznego niekorzystnego rozwiązania dla osoby, przeciwko której skierowane było działanie sprawcy działającego w stanie wyższej konieczności.[24] Klauzula odpowiedniości (*Angemessenheitsklausel*) spełnia zatem funkcję apelu, aby uzyskany rezultat jeszcze raz w ogólności zbadać pod kątem widzenia jego słuszności. Jest to rozwiązanie trafne ze względów praktycznych.

4

Wymaga rozważenia kwestia, czy s u m i e n n e z b a d a n i e obiektywnych okoliczności, uzasadniających byt stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność, stanowi dodatkowe znamię tego kontratypu. Tego rodzaju wymóg stawiało orzecznictwo pod adresem pozaustawowego kontratypu stanu wyższej konieczności.[25] Ujęcie to wynika z założenia, iż błędne przyjęcie okoliczności uzasadniających byt kontratypu wyłącza przestępstwo umyślne.[26] Jeśliby nie traktować sumiennego zbadania stanu faktycznego jako subiektywnego znamienia kontratypu stanu wyższej konieczności, to wówczas sprawca działający w celu uchylenia niebezpieczeństwa, przyjmujący błędnie istnienie obiektywnych okolicz-

[24] G a l l a s (przypis 22), „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1968, t. 80, s. 24.

[25] Por. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. 61, ss. 242, 255; t. 62, s. 137; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, t. 2, ss. 111, 114; bliżej na ten temat H i r s c h: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wyd. 9, 1974, uwaga 79 przed § 51.

[26] Por. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. 4, s. 98; t. 21, s. 189, t. 60, s. 261; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, t. 3, ss. 105; 194; 271; 357, 364; t. 31, ss. 264, 286 i n.

ności uzasadniających byt stanu wyższej konieczności, nigdy nie mógłby zostać ukarany z powodu popełnienia przestępstwa umyślnego. W wypadku możliwego, przy sumiennym zbadaniu, uniknięcia błędu karalność byłaby zresztą ograniczona do terenu przepisów penalizujących nieumyślność. Sąd Rzeszy dostrzegał już w pierwszych wyrokach dotyczących pozaustawowego kontratypu stanu wyższej konieczności, że ujęcie takie prowadzi do poważnych luk w karalności.[27]

Poprzez postawienie wymogu sumiennego badania stanu faktycznego miano by osiągnąć to, że przy możliwym do uniknięcia błędnym przyjęciu obiektywnych okoliczności uzasadniających byt stanu wyższej konieczności sprawca mógłby być ukarany za popełnienie umyślnego czynu, ponieważ z uwagi na brak spełnienia warunku działania z subiektywnym elementem kontratypu („sumienne zbadanie") nie wystąpił urojony stan wyższej konieczności.

Dzisiejsze brzmienie przepisu § 34 k.k. nie pozostawia wątpliwości co do tego, że subiektywnym znamieniem tego kontratypu jest tylko cel odwrócenia niebezpieczeństwa, nie jest natomiast wymagane od sprawcy sumienne zbadanie stanu faktycznego. Ustawa daje więc wyraz stanowisku, że wyłączenie bezprawności czynu wynika już z realizacji obiektywnych przesłanek stanu wyższej konieczności przy istnieniu celowego działania sprawcy skierowanego na uchylenie niebezpieczeństwa. W ten sposób więc wyjaśnione zostało, że zagadnienie błędu nie może być rozwiązane na drodze okrężnej, poprzez kategorię subiektywnego elementu kontratypu. Orzecznictwo sądowe musi zatem rozwiązywać kwestię urojonego stanu wyższej konieczności przy pomocy instrumentów nauki o błędzie. Jako alternatywa do zaprzeczenia umyślności czynu jawi się tutaj rozwiązanie reprezentowane przez ścisłą teorię winy, według której błąd nie wyklucza umyślności i powinien być oceniany na płaszczyźnie błędu co do zakazu.[28]

---

[27] *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. 61, s. 242, 258; t. 62, s. 137.

[28] Byłoby natomiast wątpliwe pogodzić się po prostu z niezadowalającymi konsekwencjami stanowiska, że błąd co do okoliczności faktycznych, uzasadniających byt kontratypu, wyłącza przyjęcie przestępstwa umyślnego (ograniczona teoria winy, teoria winy odwołująca się do skutków prawnych). Stanowisko takie przyjmują jednak Jescheck (przypis 15), s. 376; Lenckner (przypis 7), uwaga 50 do § 34; Maurach-Zipf (przypis 7), s. 366 i n.; Samson (przypis 9), uwaga 25 do § 34; Stratenwerth (przypis 15), s. 154; jest to pogląd panujący w doktrynie. Oparcie się na tej kontrowersyjnej konstrukcji dogmatycznej umożliwiłoby przyjmowanie, oczywiście, niezadowalających rozwiązań. Dotryna prawa karnego wskazywała już od dawna, że przy możliwym do uniknięcia urojeniu co do istnienia stanu wyższej konieczności zachodzi potrzeba ukarania sprawcy, niezależnie od istnienia typu przestępstwa nieumyślnego. Por. bliżej Hirsch (przypis 3), uwaga 91 do § 34.

IV

Zajmiemy się teraz stanem wyższej konieczności wyłączającym winę, uregulowanym w § 35 k.k.

1

Przepis ten wprowadzony został do kodeksu karnego drogą reformy w r. 1975. Zastąpił on dotychczasowe unormowanie tego rodzaju stanu wyższej konieczności oraz szczególne unormowanie polegającego na przymusie stanu wyższej konieczności wyłączającego winę (*entschuldigender Nötigungsnotstand*).[29] Zarówno przepis § 35 k.k., jak też przepisy poprzednie, oparte są na założeniu, że przy przeciwdziałaniu niebezpieczeństwu — aktualnemu, inaczej nie dającemu się uniknąć oraz zagrażającemu podstawowym dobrom prawnym sprawcy lub osoby dlań najbliższej, możliwość sprawcy zachowania się zgodnie z wymogami prawa zostaje istotnie ograniczona poprzez oddziaływanie instynktu samozachowawczego lub poczucie związku z innymi osobami, w rezultacie tego prawnokarny zarzut winy zostaje zwykle wyłączony. W krańcowych przypadkach § 35 k.k. może nawet prowadzić do wyłączenia winy, jeśli niebezpieczeństwo poważnego zranienia zostaje odwrócone kosztem pozbawienia życia innej osoby.[30]

Przepis § 35 k.k. wyraźnie traktuje o czynie bezprawnym, ale niezawinionym, popełnionym w stanie wyższej konieczności. Takie ujęcie odpowiada ukształtowaniu od lat dwudziestych stanowisku doktryny odrzucającej teorię neutralności (*Neutralitätstheorie*).[31]

---

[29] Por. dawne ujęcie § 52 i § 54 k.k.

[30] Uregulowanie polskie, zawarte w art. 23 § 1 k.k., jest o tyle węższe, że przepis ten wymaga, aby dobro poświęcone nie było oczywiście większej wartości niż dobro ratowane. Jednak w przeciwieństwie do niemieckiego prawa karnego nie przewiduje ono wyraźnego ograniczenia kręgu sprawców.

[31] Leżąca u podstaw tej teorii myśl pojawia się jeszcze obecnie, w szczególności w „nauce o przestrzeni wolnej od prawa". Por. Arthur Kaufmann: *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, [w:] *Maurach-Festschrift*, 1972, s. 327; *id.*: *Strafrechtspraxis und sittliche Normen*, „Juristische Schulung" 1978, ss. 361, 366; Schild: *Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes*, „Juristische Arbeitsblätter" 1978, ss. 449, 570, 631; por. też Blei (przypis 7), s. 214 i n. Krytycznie do tych poglądów ustosunkowują się w szczególności Hirsch (przypis 3), uwagi 16 i n. przed § 32; *id.* (przypis 19), s. 89 i n.; Lenckner (przypis 7), uwaga 8 przed § 32; *id.* (przypis 19), s. 18 i n.

2

Przy bliższej analizie nowego uregulowania stanu wyższej konieczności wyłączającego winę staje się widoczne, że w stosunku do dawnego przepisu nastąpiło rozszerzenie tego stanu wyższej konieczności do dóbr prawnych, które można ratować — życia lub zdrowia, doszła teraz wolność. Zmiana ta była motywowana przez uznanie szczególnego znaczenia wolności w naszym demokratycznym porządku konstytucyjnym.[32] Ma tu się jednakże na myśli tylko osobistą wolność poruszania się.[33] Reprezentowany niekiedy pogląd odmienny [34], przyjmujący, że w grę wchodzić tu mogą poważne naruszenia wolności powzięcia i wyrażenia woli, prowadzi do nadmiernego rozszerzenia zakresu stosowania wyłączającego winę stanu wyższej konieczności. Prawie wszystkie niebezpieczeństwa, które zagrażają indywidualnym dobrom prawnym, mogą być przy tym pojmowane jako zagrożenie ogólnej woli działania i rozstrzygania danej osoby. *Numerus clausus* dóbr objętych § 35 k.k. zostałby praktycznie na tej drodze całkowicie zniesiony.

3

Przepis § 35 k.k. rozszerzył krąg osób uprawnionych do działania w ramach pomocy koniecznej. Do osób tych poza krewnymi osoby zagrożonej niebezpieczeństwem należą też obecnie ci, którzy z osobą tą pozostają w bliskim związku (*nahestehende Personen*). Miano tu na względzie przypadki, gdy powiązania osobiste sprawcy z innymi osobami są równie bliskie jak więzy pokrewieństwa, np. pozostawanie we wspólnocie mieszkaniowej, niekiedy też stosunek opieki.[35]

---

[32] *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 1962, *Begründung*, s. 161; Horstkotte: *Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*. t. V, s. 1843.

[33] Blei (przypis 7), s. 208; Dreher-Tröndle (przypis 7), uwaga 5 do § 35; Hirsch (przypis 14) s. 115; Hruschka (przypis 14), ss. 21, 23; Jakobs (przypis 17), s. 472; Jescheck (przypis 15), s. 389 Lackner (przypis 15), uwaga 2b do § 35; Lenckner (przypis 7), uwaga 11 do § 35; Rudolphi [w:] *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wyd. 4, 1984, uwaga 5 do § 35; Schroeder (przypis 14), s. 455.

[34] Schmidhäuser (przypis 17), s. 244. Do tego wniosku dochodzą też Stratenwerth (przypis 15), s. 180 i Baumann-Weber (przypis 15), s. 455.

[35] *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 1962, *Begründung*, s. 161; Horstkotte (przypis 32), s. 1843 i n.

4

Wspomniano już, że przepis § 35 k.k. zastąpił też dawny przepis dotyczący opartego na przymusie stanu wyższej konieczności wyłączającego winę (*entschuldigender Nötigungsnotstand*).[36] Przypadki objęte przez tamten rodzaj stanu wyższej konieczności rozstrzygane są obecnie na gruncie § 35 k.k. Należy jednak zważyć, że zastosowany może tu być kontratyp stanu wyższej konieczności z § 34 k.k., jeżeli chroniony interes osoby zmuszanej istotnie przewyższa interes, który osoba ta naruszyła działając w stanie wyższej konieczności. Natomiast przez § 35 k.k. objęte będą wszystkie pozostałe sytuacje, w których sprawca zmuszony został do popełnienia czynu wskutek przemocy lub groźby, która dla niego lub bliskiej mu osoby, stanowiła aktualne niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia lub wolności, a niebezpieczeństwa tego nie można było inaczej uniknąć.

5

Nowość w stosunku do dawnego prawa stanowi zawarta w zd. 2 § 35 k.k. klauzula wymagalności (*Zumutbarkeitsklausel*). Według niej, nie następuje wyłączenie winy sprawcy mimo spełnienia wymogów określonych w zd. 1 § 35 k.k., kiedy od sprawcy stosownie do okoliczności należało wymagać tolerowania niebezpieczeństwa, mianowicie wtedy, gdy on sam je spowodował lub pozostawał w szczególnym stosunku prawnym. Tego rodzaju wymóg formułowany był też przez orzecznictwo i doktrynę na gruncie dawnych przepisów.[37] Aby przeciwdziałać idącym za daleko ograniczeniom możliwości wyłączenia winy, czego należałoby się obawiać przy jedynie ogólnie ujętej klauzuli wymagalności, wprowadzono do zd. 2 § 35 k.k. podane wyżej dwa przykłady.

Pierwszy przykład wymagalności — niebezpieczeństwo przy stanie wyższej konieczności zostało wywołane przez samego sprawcę. Nie wymaga się tutaj zawinionego wywołania niebezpieczeństwa, nie wystarcza jednak samo przyczynowe jego wywołanie. Konieczne jest raczej

---

[36] Wcześniejsze unormowanie § 52 część 1 k.k. brzmiało: *Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist.*

[37] Por. wywody Baldusa [w:] *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wyd. 9, 1974, uwagi 10 i n. do § 54; uwagi 7 i 9 do § 52.

sprzeczne z obowiązkiem spowodowanie (*pflichtwidrige Verursachung*).[38] Oznacza to, że sprawca musiał działać co najmniej obiektywnie nieostrożnie. Nie wyznaczałoby natomiast żadnych granic odwołanie się jedynie do wymogu przyczynowości działania sprawcy. Szczególnie jest to widoczne w przypadku, gdy świadek przez złożenie zgodnych z prawdą zeznań naraziłby się na niebezpieczeństwo dla życia ze strony oskarżonego. Wyłączenie winy świadka nie mogłoby nastąpić, gdyby brać pod uwagę fakt samego tylko spowodowania niebezpieczeństwa, a przecież świadek spełniał swój ustawowy obowiązek, składając zeznania zgodne z prawdą.

Drugi przykład wymagalności — sprawca pozostawał w szczególnym stosunku prawnym. Ma tu się na myśli jedynie osoby, które sprawują zawodowe lub im podobne funkcje ochronne w stosunku do innych osób, a sprawowanie których łączy się zwykle z narażeniem siebie na zwiększone niebezpieczeństwo. Ustawodawca miał tu przede wszystkim na uwadze policjantów, strażaków, żołnierzy i przewodników górskich.[39] Podobne grupy zawodowe wymienia art. 23 § 3 polskiego k.k. O ile jednak w polskim kodeksie karnym osoby te w ogóle nie mogą powołać się na działanie w stanie wyższej konieczności, o tyle według § 35 zd. 2 k.k. tylko z reguły ma to miejsce.

Obok przykładów wymienionych wyraźnie w ustawie wchodzą też w grę inne przypadki, w których nie ma zastosowania stan wyższej konieczności wyłączający winę (*entschuldigender Notstand*), ponieważ można było od sprawcy, stosownie do okoliczności, domagać się poddania się niebezpieczeństwu. Poprzez wprowadzenie dwóch przykładów zostało podkreślone, że muszą tu wchodzić w grę tego rodzaju przypadki, w których przy zwiększonym nacisku motywacyjnym (sytuacja wyłączającego winę stanu wyższej konieczności) brak jest zakładanego zmniejszenia bezprawności. Przy spełnieniu wymogów określonych w zd. 1 § 35 k.k. zachodzące zwykle zmniejszenie bezprawia kompensowane zostaje przez niewypełnienie obowiązku narażania się na zwiększone niebezpieczeństwo.

6

Interesujące jest unormowanie błędu w § 35 pkt 2 k.k. wprowadzone przez reformę z r. 1975. Przepis ten normuje przypadek, gdy sprawca błędnie przyjmuje istnienie okoliczności, przy których zaistnieniu czyn

---

[38] Por. Maurach-Zipf (przypis 7), s. 430 i n.; Rudolphi (przypis 33), uwaga 15 do § 35, Lackner (przypis 15), uwaga 3a do § 35, Jacobs (przypis 17), s. 475.

[39] Por. Dreher [w:] *Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, t. V, ss. 1853, 2138.

podpadałby pod stan wyższej konieczności wyłączający winę. W omawianym przypadku urojonego stanu wyższej konieczności wchodzi w grę błąd co do okoliczności wyłączającej winę. Jest to trzeci rodzaj błędu obok błędu co do faktu i błędu co do zakazu. Poprzez prawną regulację tego błędu wyjaśnione zostały w ustawie dwie ważne kwestie sporne.

Po pierwsze, dodatkowemu wzmocnieniu uległa poprzednio już panująca teoria obiektywnego ujmowania stanu wyższej konieczności (*objektive Notstandstheorie*), a zatem wyraźnie została odrzucona teoria subiektywnego ujmowania stanu wyższej konieczności (*subjektive Notstandstheorie*). Jak wiadomo, ta ostatnia teoria głosiła, że wyłączenie winy wynika jedynie z sytuacji przymusu psychicznego, w której znalazł się sprawca.[40] Przy takim podejściu jest obojętne, czy sprawca rozpoznał niebezpieczną sytuację trafnie, czy też fałszywie i czy mógł on tego błędu uniknąć. Natomiast u podstaw przyjętej w § 35 k.k. teorii obiektywnego ujmowania stanu wyższej konieczności[41] leży myśl, iż do wyłączenia winy sprawcy nie wystarcza nacisk motywacyjny na jego wolę, wywołany wyobrażeniem istnienia warunków stanu wyższej konieczności, lecz musi także wystąpić zmniejszenie bezprawia. Wyłączenie zarzutu winy łączy się ze zredukowaniem bezprawia wynikającym z istnienia obiektywnych elementów stanu wyższej konieczności. Ta redukcja bezprawia powoduje, że odnoszący się do bezprawnego czynu zarzut winy (istniejący jeszcze mimo nacisku motywacyjnego) traci tak bardzo na znaczeniu, że nastąpić może wyłączenie winy.[42] To powiązanie ze zmniejszeniem bezprawia widoczne jest w unormowaniu kwestii błędu w pkt 2 § 35 k.k. Mianowicie, błędne przyjęcie stanu rzeczy, które prowadziłoby do wyłączenia winy na podstawie § 35 k.k., powoduje wyłączenie zarzutu winy jedynie wtedy, gdy błędu tego nie można było uniknąć; w wypadku zaś możliwego do uniknięcia błędu zastosowane może być jedynie nadzwyczajne złagodzenie kary. To unormowanie jest trafne, ponieważ wyłączenie winy przy możliwości uniknięcia błędu byłoby niesłuszne.

Po drugie, nowe unormowanie zagadnienia błędu wyjaśniło ważną kwestię, wynikłą w dyskusji prowadzonej na gruncie teorii obiektywne-

---

[40] Teorię tę przyjmowali: Zimmerl: *Lehre vom Tatbestand*, 1928, s. 68; Radbruch; *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, [w:] *Frank-Festgabe*, t. 1, 1930, s. 166; § 23 *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*, *Allgemeiner Teil*, 1966, *Begründung*, s. 59; Teorię tę reprezentuje jeszcze dzisiaj Schmidhäuser (przypis 17), ss. 240 i n. i 248 i n.

[41] Teoria ta przyjmowana była powszechnie na gruncie § 52 i § 54 dawnego k.k. Por. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, t. 5, s. 371; t. 18, ss. 311, 312; Baldus (przypis 37), uwaga 26 do § 52; uwaga 22 do § 54; Jescheck: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wyd. 1, 1969, s. 336; Welzel: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wyd. 11, 1969, s. 182.

[42] Bliżej na ten temat Hirsch (przypis 3), uwaga 183 przed § 32.

go ujmowania stanu wyższej konieczności, dotyczącą przyjmowania nieumyślności czy też umyślności. Przepis § 35 k.k. rozstrzygnął ten spór na rzecz rozwiązania przyjmującego umyślność. Przed wprowadzeniem tego przepisu orzecznictwo reprezentowało pogląd przyjmujący *Fahrlässigkeitslösung*. W myśl tego rozwiązania, sprawca, który z wiedzą i wolą urzeczywistnił ustawowe znamiona czynu zabronionego, nie mógł w zasadzie odpowiadać za czyn popełniony umyślnie, w grę mogło natomiast wchodzić jedynie ukaranie za nieumyślne popełnienie czynu, jeżeli taka karalność przy danym czynie była przewidziana.[43] Ale tak, jak przy pozaustawowym stanie wyższej konieczności wyłączającym bezprawność, rozwiązanie to dążyło do uniknięcia przypadkowych luk w karalności w ten sposób, że stawiało ono dodatkowy wymóg pod adresem sprawcy sumiennego zbadania sytuacji faktycznej. Wyłączenie winy miało nastąpić wtedy, kiedy sprawca sumiennie zbadał wszystkie możliwości uniknięcia niebezpieczeństwa w inny sposób.[44] Jeżeli zabrakło po stronie sprawcy tego sumiennego zbadania stanu faktycznego, wówczas nie przyjmowano urojonego stanu wyższej konieczności i sprawca podlegał karze za popełnienie umyślnego czynu. W ten sposób judykatura dochodziła do rozwiązań, które raczej prowadziły do przyjmowania umyślności niż nieumyślności w tych sytuacjach.

W doktrynie reprezentowane było natomiast szeroko stanowisko, które przyjmując *Vorsatzlösung* traktowało błąd co do okoliczności wyłączającej winę nie inaczej, niż *Schuldtheorie* traktuje błąd co do zakazu (*Verbotsirrtum*); niemożność uniknięcia takiego błędu wyłączała winę; przy istnieniu możliwości uniknięcia błędu, sprawca był traktowany łagodniej, odpowiednio do zmniejszenia winy.[45]

Ustawodawca przyjął teraz to ujęcie, przy czym, podobnie jak przy unormowaniu dającego się uniknąć błędu co do zakazu, wprowadził

---

[43] *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. 59, s. 69, 72; t. 64, ss. 30, 31; t. 66, ss. 222, 227; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, t. 5, ss. 371, 374; t. 18, ss. 311, 312; Baumann: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wyd. 5, 1968, s. 460; Kohlrausch-Lange: *Strefgesetzbuch*, Wyd. 43, 1961, uwaga V do § 52; Schröder (przypis 21), s. 297; id.: [w:] Schönke-Schröder: *Strafgesetzbuch*, Wyd. 17, 1974, uwaga 131 do § 59.

[44] *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. 66, ss. 222, 228. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, t. 18, ss. 311, 312; Bundesgerichtshof, „Neue Juristische Wochenschrift" 1952, ss. 111, 113, 1972, ss. 832, 834.

[45] Welzel: *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1955, t. 67, ss. 196, 222 i n.; *id.* (przypis 37), s. 182; Jescheck (przypis 37), s. 336; Arthur Kaufmann: *Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1964, t. 76, ss. 543, 578; Vogler: *Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht*, „Goltdammers Archiv" 1969, s. 103.

obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary ze względu na wystąpienie nacisku motywacyjnego. Za przyjęciem *Vorsatzlösung* przemawiało to, że kwestia umyślności dotyczy tylko okoliczności odnoszących się do czystego zakresu bezprawia i dlatego występuje przed okolicznościami wyłączającymi winę. Jeżeli wystąpienie stanu wyższej konieczności wyłączającego winę pozostawia nie tkniętą umyślność czynu, to tym bardziej ma to miejsce przy jedynie błędnym przyjęciu przez sprawcę jego wystąpienia.

Poza tym *Vorsatzlösung* uwzględnia wspomniane doświadczenia judykatury, iż konsekwentne stosowanie *Fahrlässigkeitslösung* prowadziłoby niesłusznie do zawężenia wymaganej ochrony prawnokarnej. W końcu pozwala *Vorsatzlösung* na trafne potraktowanie zapewne nielicznych wypadków, gdzie występuje tylko nieumyślna realizacja ustawowych znamion czynu zabronionego. Stosowanie *Fahrlässigkeitslösung* prowadziłoby mianowicie do tego, że zniesione zostałyby różnice między tego rodzaju wypadkami a sytuacjami, gdzie nastąpiła umyślna realizacja ustawowych znamion czynu zabronionego w stanie urojonego stanu wyższej konieczności.[46]

V

Na koniec pozostaje stwierdzić, że nowe przepisy § 34 i § 35 k.k. należą do tej części reformy prawa karnego z r.1975, która jest przeważnie oceniana pozytywnie.

Ustawowe uregulowanie w § 34 k.k. stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność odpowiada potrzebom praktyki ustanowienia trwałej podstawy dla tego kontratypu, który już uprzednio uznawany był przez orzecznictwo, a obecnie jest stosowany w coraz szerszym zakresie. Przy obecnym stanie wiedzy nie udało się uniknąć w nowym przepisie ujęcia, które częściowo ma charakter klauzuli generalnej. Ujęcie takie niewątpliwie stanowi stadium przejściowe w drodze do bardziej precyzyjnego sformułowania ustawy.

Ujęcie w § 35 k.k. stanu wyższej konieczności wyłączającego winę odpowiada w dużym stopniu ustawowemu unormowaniu sprzed r. 1975. Wątpliwości budzi natomiast najbardziej rzucająca się w oczy zmiana w stosunku do dawnego stanu prawnego, mianowicie rozszerzenia o wol-

---

[46] Z podanych wyżej względów nie jest przekonywająca dokonywana jeszcze przez Baumanna (*Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Wyd. 8, 1977, s. 434 i n.) krytyka przyjęcia *der Vorsatzlösung,* jak też podjęta przez Lencknera (przypis 7, uwaga 46 do § 35) próba tłumaczenia zd. 2 § 35 k.k. *„im Sinne einer erweiterten Fahrlässigkeitslösung".*

ność katalogu dóbr, które mogą być chronione przez ten rodzaj stanu wyższej konieczności; ta zmiana grozi nadmiernym rozszerzeniem stosowania tej okoliczności wyłączającej winę. Nie widać zresztą widocznej potrzeby praktycznej dla jej wprowadzenia.

РЕЗЮМЕ

Западногерманское уголовное право различает состояние крайней необходимости, исключающее противоправность, и состояние крайней необходимости, исключающее вину (*Differenzierungstheorie*). До 1975 г. уголовный кодекс ФРГ нормировал лишь состояние крайней необходимости, исключающее вину, с конца же 20-х годов в доктрине и судебной практике существовало не предусмотренное законом состояние крайней необходимости, исключающее противоправность.

Реформа права 1975 г. законодательно унормировала состояние крайней необходимости, исключающее противоправность. В основе этого нормирования лежит мысль, что осуществление установленных законом признаков запрещенного деяния не составляет нарушения правового порядка тогда, когда оно является необходимым спасательным действием для находящегося в непосредственной опасности правового блага, а при оценке противопоставленных интересов, особенно правовых благ, вытекает, что существует значительное преобладание охраняемого правом интереса. Положение § 34 п. 2 УГ ФРГ содержит дополнительную клаузулу, по которой спасательное действие является сообразным средством предотвращения опасности. Таким образом, положение § 34 УГ предписывает учитывать все выступающие противоставленные интересы. В настоящее время важнейшим спорным вопросом является следующее: может ли состояние крайней необходимости, исключающее противоправность, составлять основу для легализации действий государственных должностных лиц. Сегодня этот вопрос широко обсуждается в связи с борьбой с терроризмом. Обсуждается также вопрос отграничения дефенсивного состояния крайней необходимости и необходимой обороны, а также отношения принципа необходимой оценки интересов, содержающегося в § 34 пред. 1 УГ, к содержащейся в § 34 пред. 2 УГ клаузулы „соответствия". При оценке мнимого состояния крайней необходимости следует принимать во внимание, что законодатель сознательно не ввел в § 34 УГ требования, по которому исключение противоправности действия было бы обусловлено старательным и добросовестным исследованием обстоятельств этого действия самим лицом, его совершившим.

Нормирование состояния крайней необходимости, исключающего вину, в § 35 УГ ФРГ, которое, как и в предыдущем праве опирается на предпосылке, что при отдалении непосредственной опасности, угрожающей важнейшим благам лица, совершившего действие крайней необходимости, или ближайшим ему лицам, возможность этого лица совершить действие, предусмотренное законом, так далеко ограничена (ввиду инстинкта самосохранения или тесных личных связей с другими людьми), что степень уголовно-правовой виновности не достигает достаточных размеров. По сравнению с прежним правовым состоянием, § 35 УГ ФРГ содержит новость: к здоровью и жизни, как благам, подлежащим охране при помощи состояния крайней необходимости, теперь прибавилась свобода, расширен круг лиц, на благо которых можно действовать в этом состоянии крайней необходимости (кроме родственников, это будут другие

близкие лица). Зато ограничивающее действие имеет содержащаяся в предл. 2 § 35 УГ ФРГ клаузула „требовательности", гласящая, что изъятию вины может помешать обстоятельство, по которому лицо, совершившее действие крайней необходимости, в зависимости от обстоятельств, обязано было принять грозящую ему опасность. Другое изменение этого положения, введенное в 1975 г., заключалось в нормировании ошибки, касающейся обстоятельств, обосновывающих существование состояния крайней необходимости, касающейся, исключающего вину. Путем введения этого нормирования укрепилась правильность объективной трактовки состояния крайней необходимости (в соответствии с ранее господствующей теорией). Был, наконец, решен спор между *Fahrlässigkeits- und Vorsatzlösung.* Победило второе решение.

ZUSAMMENFASSUNG

Im deutschen Recht unterscheidet man zwischen entschuldigendem und rechtfertigendem Notstand (Differenzierungstheorie). Bis zur Reform von 1975 regelte das Strafgesetzbuch nur den entschuldigenden Notstand, während der rechtfertigende Notstand seit Ende der zwanziger Jahre als übergesetzlicher Notstand anerkannt war.

Durch die Reform von 1975 hat auch der rechtfertigende Notstand eine allgemeine gesetzliche Reguelung gefunden. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, daß eine Tatbestandsverwirklichung dann nicht gegen die Rechtsordnung verstößt, wenn sie bei einer für ein Rechtsgut bestehenden gegenwärtigen Gefahr eine erforderliche Rettungshandlung darstellt und sich bei Abwägung der gegenüberstehenden Interessen, insbesondere Rechtsgüter, ein wesentliches Überwiegen des wahrgenommenen Interesses ergibt. Zusätzlich enthält die Vorschrift in einem Satz 2 eine Klausel, derzufolge die Tat ein angemessenes Mittel sein muß, um die Gefahr abzuwenden. Hinsichtlich des Notstandsprinzips legt § 34 damit die Interessenabwägungstheorie zugrunde, die alle widerstreitenden schutzwürdigen Interessen in die Abwägung einbezieht. Zu den wichtigsten aktuellen Problemen des rechtfertigenden Notstands gehört die lebhaft umstrittene Frage, ob der rechtfertigende Notstand eine Eingriffsgrundlage für hoheitliches Handeln darstellt. Dies ist im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung mehrfach praktisch geworden. Weiterhin wirft die Behandlung des defensiven Notstands und dessen Abgrenzung zur Notwehr sowie das Verhältnis der nach Satz 1 der neuen Vorschrift erforderlichen Interessenabwägung zu der in Satz 2 enthaltenen Angemessenheitsklausel Fragen auf. Außerdem bildet die Behandlung des Putativnotstands bei § 34 ein Problem, nachdem der Gesetzgeber bewußt darauf verzichtet hat, die gewissenhafte Prüfung als zusätzliches Rechtfertigungserfordernis vorzuschreiben.

Die in § 35 erfolgte Neuregelung des entschuldigenden Notstands geht wie das bisherige Recht von dem Gedanken aus, daß bei Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für die fundamentalsten Rechtsgüter des Täters oder einer ihm persönlich nahestehenden Person die Möglichkeit des Täters, sich rechtmäßig zu motivieren, wegen des Selbsterhaltungstriebes oder der engen persönlichen Beziehung typischerweise auf ein für einen strafrechtlichen Schuldvorwurf nicht mehr ausreichendes Maß vermindert ist. Gegenüber der früheren Notstandsvorschrift enthält die Neuregelung eine Erweiterung dahingehend, daß zu den notstandsfähigen Rechtsgütern Leben und Leib nunmehr auch die Freiheit getreten ist und der Kreis privilegierter Notstandshelfer über die Angehörigen hinaus auf andere dem Gefährdeten nahe-

stehende Personen ausgedehnt worden ist. Einschränkend wirkt sich dagegen die in Satz 2 der Vorschrift eingefügte Zumutbarkeitsklausel aus, derzufolge einer Entschuldigung noch entgegenstehen kann, daß dem Täter nach den Umständen die Hinnahme der Gefahr zuzumuten war. Durch die ebenfalls 1975 bezüglich des entschuldigenden Notstands eingeführte Irrtumsregelung wird schließlich die schon vorher herrschende objektive Notstandslehre verankert und die auf deren Grundlage geführte Auseinandersetzung zwischen Fahrlässigkeits- und Vorsatzlösung zugunsten der letzteren entschieden.